

**DECISION N°061/09/ARMP/CRD DU 16 JUILLET 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LA DEMANDE DE LA DIRECTION DE L'ADMINISTRATION
PENITENTIAIRE (DAP) D'ETRE AUTORISEE A POURSUIVRE LA PROCEDURE
DE PASSATION DU MARCHÉ DE FOURNITURE DE DENREES ALIMENTAIRES
ET AUTRES PRODUITS D'ENTRETIEN AU PROFIT DU CAMP PENAL DE
LIBERTE VI, LA DCMP S'ETANT ABSTENUE DE DONNER SON AVIS POUR
SAISINE TARDIVE**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES :**

Vu le Code des obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

Vu le décret N°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n° 001869/MJ/DAP/DG du 19 juin 2009 du Directeur général de l'Administration pénitentiaire ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, présentant les moyens et les conclusions du demandeur ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, et de MM. Abd'El Kader NDIAYE et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De MM. Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, et Oumar SARR, Conseiller juridique, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre en date du 19 juin 2009, enregistrée le 22 juin 2009 sous le numéro 405 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur de l'Administration pénitentiaire a saisi le CRD d'une demande d'autorisation de poursuivre la procédure

de passation du marché de fournitures de denrées alimentaires et autres produits d'entretien au Camp pénal de Liberté VI, la DCMP s'étant abstenue d'émettre un avis sur le dossier pour présentation tardive.

SUR LA SAISINE DU CRD

Considérant que la saisine de la DAP se fonde sur les dispositions des articles 139 du Code des marchés publics et 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP qui donnent compétence au CRD de régler les litiges entre les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat ; qu'à cet égard, la saisine n'étant enfermée dans aucun délai, sauf dans le cas où l'avis concerne l'attribution, elle doit être déclarée régulière ;

LES FAITS

Par courrier en date du 07 mai 2009, la DAP a envoyé au Ministre de l'Economie et des Finances, le dossier de la procédure de passation du marché relatif à la fourniture de denrées alimentaires et autres produits d'entretien destinés au Camp pénal de Liberté VI.

Par lettre en date du 25 mai 2009, ledit dossier a été transmis à la DCMP pour avis. Celle-ci a invité l'autorité responsable du marché à lui fournir des éclaircissements sur certains points.

Le 17 juin 2009, au vu de la réponse en date du 12 juin 2009 donnée par la DAP, la DCMP a déclaré n'être pas en mesure d'émettre un avis sur la procédure pour présentation tardive.

Le 19 juin 2009, la DAP a saisi le CRD d'une demande d'autorisation de poursuivre la procédure.

LES MOYENS PRESENTES PAR LE SAISSANT

A l'appui de sa demande, la DAP, qui reconnaît la pertinence des observations formulées par la DCMP, expose le caractère sensible du dossier ainsi que les incidences du défaut de ravitaillement en denrées alimentaires sur la sécurité du Camp pénal.

MOTIFS DE L'AVIS DE LA DCMP

Pour justifier sa décision de ne pas émettre un avis, la DCMP a déclaré n'avoir pas été mise dans les conditions d'exercer sa mission de contrôle a priori ; que le dossier concerné lui a été soumis après déroulement de la procédure de passation alors que celui-ci devrait l'être en amont ; que pour cette raison et celle liée aux manquements substantiels relevés dans le dossier, elle n'est pas en mesure d'émettre un avis.

OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits moyens et motifs présentés par les parties que le litige porte :

- d'une part, sur l'obligation de requérir l'avis préalable de la DCMP sur la procédure ;
- d'autre part, sur les manquements relatifs à la publication de l'avis d'appel d'offres dans le bulletin d'informations économiques de la Chambre de Commerce qui est un hebdomadaire et non un quotidien, à la non-publication de l'avis d'attribution, au non-respect du délai de dépôt des offres et à la non-constitution de la commission des marchés du Ministère de la Justice, autorité contractante.

AU FOND

Considérant que par lettre en date du 07 mai 2009, le projet de marché relatif à la fourniture de denrées alimentaires et autres produits d'entretien destinés au Camp pénal de Liberté VI a été transmis au Ministre de l'Economie et des Finances pour approbation ; que ce dernier a saisi la DCMP pour avis ;

Considérant qu'après analyse, la DCMP a fait retourner le dossier sans son avis, après avoir relevé les manquements suivants :

- l'avis d'appel d'offres a été publié dans le bulletin d'Information économique de la Chambre de Commerce de Dakar qui est un hebdomadaire, alors qu'aux termes de l'article 56.3 du Code des Marchés publics, cette publication doit être faite dans un quotidien de grande diffusion et, si nécessaire, par voie d'affichage ;
- l'avis a été publié dans le BIE n°822 pour la période du 12 au 21 janvier 2009, alors que le délai minimum de dépôt des offres est de 30 jours pour les appels d'offres nationaux ;
- à la date de l'ouverture des plis, le 30 janvier 2009, la Commission des Marchés du Ministère de la Justice n'était pas encore constituée car l'acte portant nomination de ses membres, transmis à la DCMP, est daté du 14 avril 2009 ;
- le seuil de revue du rapport d'évaluation des offres et du procès-verbal d'attribution provisoire étant atteint, le marché aurait dû être soumis au visa de la DCMP ;

- aucun élément du dossier ne permet de savoir si l'attribution provisoire a fait l'objet de publication conformément à l'article 84 du Code des Marchés publics ;
- enfin, le marché attribué à l'Etablissement Beugue Borom Touba a été signé et soumis à approbation sans que la revue préalable n'ait été effectuée ;

Considérant que la DAP qui reconnaît les manquements relevés soutient la bonne foi et expose que :

- l'avis d'appel d'offres a été publié par défaut dans le BIE en raison des difficultés rencontrées auprès des quotidiens de la place pour procéder à ladite formalité par bons d'engagement ;
- l'avis a été déposé à la Chambre de Commerce le 05 janvier 2009, mais la parution dans le BIE a accusé du retard non pas du fait de l'autorité responsable ;
- la Commission des Marchés a été mise en place le 14 mai 2008 pour un an emportant la date d'ouverture des plis qui a eu lieu le 30 janvier 2009 ;

Considérant, sur la non-conformité du support de publication de l'appel d'offres, que le Bulletin de la Chambre de Commerce n'a pas un statut de quotidien à grand tirage ; que cependant, le non respect de cette clause peut être considérée comme n'ayant pas mis en péril la validité de la procédure ;

Considérant, sur le non respect du délai minimum de dépôt des offres, que ce délai est fixé pour donner aux candidats un temps suffisant pour préparer leurs offres et en vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ; qu'à cet égard, le délai fixé vise à protéger tant les candidats que l'autorité contractante ; que s'imposant à toutes les parties, le non respect du délai constituerait une violation d'une formalité substantielle ;

Considérant, sur la constitution de la Commission des Marchés, le Code des Marchés publics permet à l'autorité contractante, pour un marché particulier de constituer une commission ad hoc ; qu'en l'espèce, la commission ayant procédé à l'appel d'offres peut être inscrite dans ce cadre ;

Considérant que la non-publication de l'avis d'attribution constitue une formalité substantielle parce qu'elle détermine le point de départ des délais de recours ouverts aux candidats et soumissionnaires ; que le non accomplissement de la formalité de publication de l'avis d'attribution ne peut pas être couvert par l'absence de préjudice ;

Qu'en considération de ces manquements substantiels, il convient d'ordonner l'annulation de la procédure ; que toutefois, afin de concilier l'exigence de respect

de la réglementation avec la nécessité impérieuse d'assurer le service minimum dans cet établissement particulièrement sensible du point de vue de la sécurité, la DAP peut être autorisée à recourir à la procédure de Demande de Renseignements et de Prix (DRP) pour acquérir une partie des fournitures dans les limites et conditions fixées par le Code des Marchés publics, en attendant l'aboutissement de la procédure de relance ;

DECIDE :

- 1) Reçoit la DAP en sa saisine ;
- 2) Constate que la procédure conduite par le requérant comporte des irrégularités telles que le non respect du délai minimum de dépôt des offres sanctionnées de nullité absolue par la loi notamment l'article 24 nouveau du Code des Obligations de l'Administration ;
- 3) Ordonne à la DAP de reprendre la procédure ;
- 4) Dit que la DAP peut réaliser une partie de son approvisionnement par DRP dans les limites et conditions fixées par la loi ; en attendant l'aboutissement de la procédure de relance ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la DAP et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP